



La rupture conventionnelle : objectifs officiels versus enjeux implicites

Nathalie Berta, Camille Signoretto, Julie Valentin

► To cite this version:

Nathalie Berta, Camille Signoretto, Julie Valentin. La rupture conventionnelle : objectifs officiels versus enjeux implicites. 2010. halshs-00560422

HAL Id: halshs-00560422

<https://shs.hal.science/halshs-00560422>

Submitted on 28 Jan 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**La rupture conventionnelle :
objectifs officiels *versus* enjeux implicites**

Nathalie BERTA, Camille SIGNORETTO, Julie VALENTIN

2010.101



La rupture conventionnelle : objectifs officiels *versus* enjeux implicites

Nathalie BERTA (nathalie.bera@univ-reims.fr)

Camille SIGNORETTO (camille.signoretto@univ-paris1.fr)

Julie VALENTIN (julie.valentin@univ-paris1.fr)

CES, Université de Paris 1 et OMI, Université de Reims

Abstract : The ‘conventional cancelation’ is a way for employer and employee to mutually agree for ending the labor contract. Officially, it will permit to raise mutually beneficial agreements and to reduce the judge role. First, what is at stake here is the bargaining capacity of the employee and the nature of his agreement since he is in a relation of subordination. Second, the meaning of the eviction of the judge will be also questioned.

Keywords : ‘conventional cancelation, layoff, labor economy, labor contract, law and economics.

JEL Codes : J83, J88, K31

Résumé : La rupture conventionnelle du contrat de travail, alternative au licenciement et à la démission, s’adresse aux ruptures d’initiative commune entre salarié et employeur. Officiellement, elle est censée réduire le contentieux et favoriser les ruptures négociées. Il s’agit ici de questionner les enjeux implicites de ces objectifs officiels et leurs éventuels effets pervers. En effet, en permettant une négociation bilatérale avec un salarié en position de subordination, elle altère sa capacité de négociation et fragilise son libre consentement ; par ailleurs, elle pose la question du sens de la baisse du contentieux observée après de telles ruptures, conséquence d’une réduction de l’espace du contentieux possible plutôt que d’une réduction de la conflictualité.

Mots clefs : rupture conventionnelle, licenciement, économie du travail, économie du droit.

Introduite par l'ANI de janvier 2008 puis instituée le 25 juin 2008 par le vote de la loi portant modernisation du marché du travail, la *rupture conventionnelle* (RC) constitue une nouvelle modalité de rupture du CDI inscrite dans le code du travail. « L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La RC, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. » (Article L1237-11 du code du travail). Il s'agit donc d'une alternative à la démission et au licenciement. En tant que telle, et contrairement au licenciement, elle n'a pas à être motivée. Il n'y a pas lieu, non plus, de préciser la partie à l'initiative de la rupture, cette dernière étant supposée commune. La RC donne alors droit pour le salarié à l'assurance chômage et au versement d'indemnités au moins équivalentes à celles d'un licenciement. Par ailleurs, elle est encadrée par une procédure formelle : possibilité d'être assisté par un tiers, délai de rétractation de quinze jours, et enfin homologation de la rupture par la direction départementale du travail¹. Enfin, la RC n'exclut pas un recours ultérieur aux Prud'hommes, pour contester soit la convention elle-même soit l'acceptation ou le refus d'homologation.

Depuis la mise en application de la loi, le 20 juillet 2008, la RC a pris une place croissante parmi les différentes modalités de rupture du CDI. Ainsi en 2009, plus de 190 000 RC ont été homologuées, soit 10,2% de l'ensemble des ruptures de CDI, à comparer avec les 21% de licenciements économiques, les 51% de licenciements pour motif personnel et les 17,8% de démissions. A la fin de cette même année, on observe un véritable rattrapage par la RC des licenciements économiques et des démissions. La quasi-convergence de ces trois modes de ruptures – convergence en nombre comme en part relative, chacune représentant fin 2009 entre 16 et 19% des fins de CDI – témoigne bien de l'ampleur prise par la RC, et ce malgré un contexte de crise *a priori* peu favorable à ce type de ruptures consensuelles. Toutefois, peu d'éléments sont disponibles aujourd'hui pour évaluer les raisons d'un tel succès sur une base empirique. Seuls deux documents fournissent aujourd'hui quelques maigres informations : le *Dares Analyses* (2010) et la note du CAS (2010) (cf. encadré ci-dessous).

Ainsi, face à cette difficulté à étayer empiriquement une quelconque analyse, l'article poursuit un objectif différent : analyser *a priori* les enjeux soulevés par le succès de ce dispositif considéré par ailleurs comme la « pierre angulaire du texte » (rapport Bernard-

¹ Sauf pour les salariés protégés dont l'homologation doit être validée par l'inspection du travail.

Reymond, Sénat, 2008, p. 34 et 81), ou encore comme la « mesure peut-être la plus significative du présent projet de loi » (Rapport Dord, Assemblée Nationale 2008, p. 5). Il ne s'agit donc pas ici de fournir une analyse exhaustive de toutes les conséquences possibles de l'introduction de la RC, de toutes substitutions possibles avec d'autres modalités de ruptures ni même d'anticiper lesquelles peuvent s'imposer aujourd'hui. Seule l'analyse empirique pourrait apporter des réponses solides. Nous questionnons les objectifs officiels assignés à la RC, ses effets espérés, afin de mettre au jour les enjeux implicites et les éventuels effets pervers de cette mesure. Il s'agit donc ici davantage d'une entreprise de dévoilement des objectifs officiels et de leurs présupposés implicites.

Les débats précédant le vote de la loi à l'Assemblée Nationale et au Sénat révèlent deux grands objectifs assignés à la RC : sécuriser juridiquement les ruptures de CDI – pour l'employeur comme pour le salarié – et mettre fin aux licenciements pour motifs personnels « instrumentalisés »², *i.e.* aux 'faux' licenciements masquant des séparations en réalité consensuelles ou négociées (I). Il s'agit alors tout d'abord d'analyser dans quelle mesure, *i.e.* sous quelles hypothèses, la RC atteint ces objectifs officiels et ensuite de questionner leur pertinence³.

Tout d'abord, si la RC s'adresse bien officiellement à des ruptures négociées, elle est supposée incarner la rencontre d'intérêts bien compris et on peut donc l'étudier à travers le prisme des arbitrages d'individus rationnels. Il apparaît alors que cette modalité de rupture, comme les autres, met en jeu des intérêts conflictuels entre employeur et salarié (II). Notamment, un intérêt commun à la rupture – une séparation mutuellement désirée – n'induit pas nécessairement un intérêt commun à la RC comme modalité juridique de rupture. Et la RC suppose alors la réconciliation de ces intérêts à travers une négociation bilatérale.

Souligner ces intérêts intrinsèquement antagoniques soulève des enjeux importants, et notamment celui de la valeur du consentement et de la capacité de négociation d'un salarié pris dans une relation de subordination. Les garanties procédurales qui encadrent la RC manifestent le souci de tenir compte du caractère subordonné de la relation d'emploi et de la

² Le terme *instrumentalisés* est défini clairement dans le rapport du COE de 2007 : « En effet, il semblerait que le LMP ait été instrumentalisé comme un mode de rupture alternatif évitant au salarié de démissionner et permettant à l'employeur d'indemniser une rupture qu'il n'est pas certain de pouvoir justifier par une cause réelle et sérieuse. On peut se demander si ça ne masque pas une montée des ruptures négociées qu'employeurs et salariés ne peuvent présenter comme telle » (COE, 2007, p.158).

³ Ces objectifs étaient déjà avancés lors des débats sur l'ANI. Toutefois, nous nous limitons aux objectifs officiels du gouvernement. Ainsi, nous n'analysons pas la position des syndicats pour cette mesure, position qu'il faut alors appréhender dans le contexte plus général des négociations de l'ANI, et mettre en rapport avec d'autres mesures comme le portage des salariés etc. Pour une étude détaillée de la genèse de l'ANI et des débats qu'il a suscité, se référer à Freyssinet (2009).

fragilité du commun accord. Pourtant, elles semblent insuffisantes pour éviter les éventuelles dérives, comme le vice de consentement ou le contournement frauduleux du licenciement économique (III). Mais avant tout, la fragilité de ces garanties est problématique dans la mesure où la RC vient par ailleurs sensiblement réduire les droits des salariés par rapport à la *transaction*, principale modalité de négociation ou de résolution de litige existante à laquelle elle est amenée officiellement à se substituer. Sans exclure un recours ultérieur aux Prud'hommes, elle réduit alors le rôle du juge à sa portion congrue. Ainsi, se pose la question de la sécurisation juridique qu'elle est censée produire (IV).

La faiblesse de la connaissance empirique de la RC

De minces informations empiriques

À notre connaissance, seuls deux documents offrent quelques éléments de connaissance : le *Dares Analyses* (2010) et la note du CAS (2010).

Le premier porte sur les mouvements de main-d'œuvre au 1^{er} semestre 2009 à partir des données EMMO-DMMO et consacre un encadré à la rupture conventionnelle. Les RC représentent ainsi près de 8% de l'ensemble des sorties de CDI (licenciements, démissions et RC). Les trois quarts des RC sont signés dans des établissements de moins de cinquante salariés, et notamment dans les petits établissements du commerce où les RC représentent plus de 12% des sorties de CDI. Les salariés « âgés » (au moins 58 ans) sont légèrement sur-représentés dans les établissements de plus de cinquante salariés. Néanmoins, « le profil par âge des ruptures conventionnelles est globalement proche de celui des licenciements ».

La note du CAS, quant à elle, établit quelques éléments empiriques sur la rupture conventionnelle à partir de l'enquête emploi en continu 2009 de l'INSEE, et plus précisément à partir de déclarations d'individus répondant avoir quitté leur emploi suite à une RC. Cependant, comme le soulignent les auteurs, les « résultats tirés de l'exploitation doivent être pris avec précaution » (p.6) car la réponse « rupture conventionnelle » ne recouvre pas forcément la nouvelle modalité de rupture du même nom, mais peut évoquer également pour les individus interrogés toutes formes de ruptures négociées ou transactionnelles. Ajoutons que ce type d'erreur est d'autant plus probable que la RC n'est apparue que mi 2008 quand l'enquête couvre l'année 2008 jusqu'à mi 2009. Les résultats de l'exploitation de cette enquête sont donc extrêmement fragiles. Notons toutefois qu'elle souligne que les salariés déclarant avoir quitté leur emploi suite à une RC semblent un peu plus « âgés » (55 ans et plus) que la moyenne des salariés ayant quitté un CDI et moins qualifiés (ouvriers : 21,2% vs 26,7% pour l'ensemble des ruptures de CDI). Par ailleurs, un tiers d'entre eux déclarent avoir retrouvé un emploi avant la fin de l'année 2009, ce qui est plus qu'après un licenciement quel qu'en soit le motif, mais moins qu'après une démission (77,3%).

Un manque de transparence

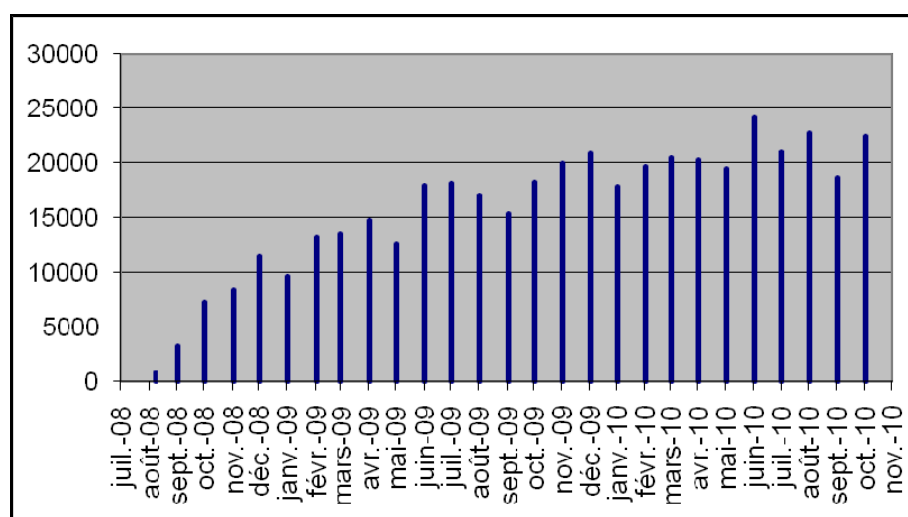
Chaque mois, la Dares met à disposition publiquement les informations suivantes : d'une part, le nombre de demandes reçues dans le mois dont les demandes irrecevables, à partir desquelles est tiré le taux d'irrecevabilité ; d'autre part, le nombre de demandes homologuées

et refusées dans le mois, ce qui permet d'obtenir un taux de refus des demandes de RC⁴. En Jusqu'à fin 2009 étaient également indiqué le nombre d'entrées à Pôle Emploi après une RC, ainsi qu'un taux d'inscription calculé par rapport au nombre de demandes homologuées. Ainsi, en 2009, 75% en moyenne des signataires de RC s'inscrivent ensuite à Pole Emploi, avec un pic en décembre 2009 à près de 80% (79,2%). Puis, l'information disparaît des tableaux de la Dares à partir de 2010. Nous ne pouvons donc plus comparer les différentes entrées à Pôle emploi après un motif de rupture de CDI, sauf à conjecturer que le taux moyen de 75% sur 2009 se maintient.

La construction des graphiques

À partir des seules informations de la Dares et de Pôle Emploi (sur les motifs d'entrées), nous avons construit trois graphiques illustrant chacun l'évolution mensuelle du nombre de RC homologuées depuis son entrée en vigueur (graphique 1), du nombre des différentes entrées à Pôle Emploi après une rupture de CDI (démissions⁵, licenciements et RC) en 2008 et 2009 (graphique 2), des parts respectives de ces motifs de rupture de CDI en prolongeant sur l'année 2010 à partir de l'hypothèse de 75% d'entrées à Pôle Emploi après une RC.

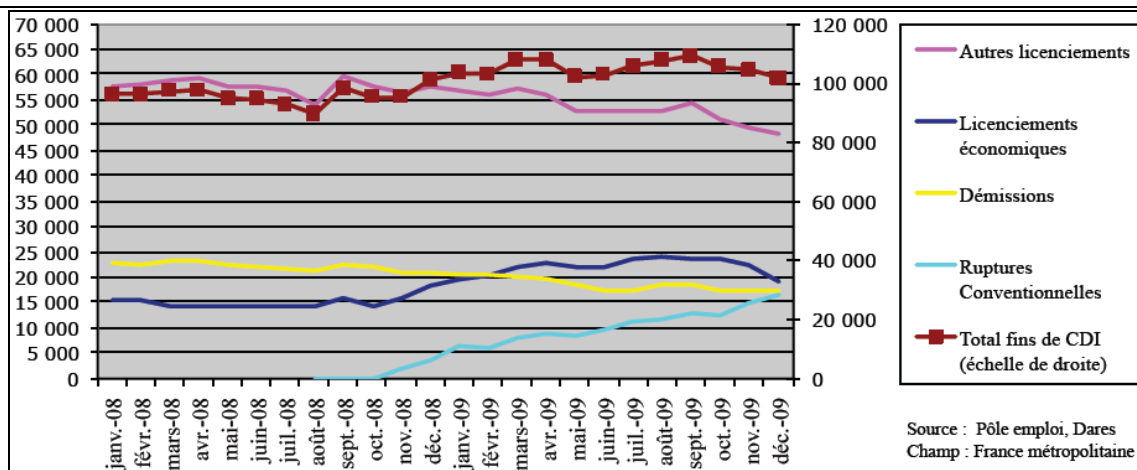
Graphique 1 : Nombre de rupture conventionnelles homologuées par mois, août 2008-octobre 2010



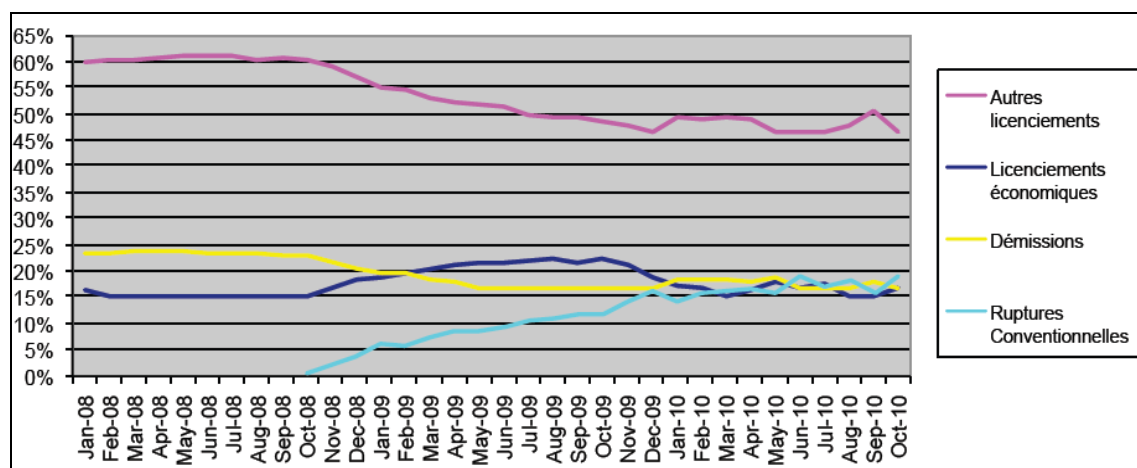
Graphique 2 : Entrées à Pôle emploi après une rupture de CDI, 2008-2009

⁴ Sont distinguées la recevabilité (formulaire complet), de la décision d'homologation en soi, portant sur le respect du délai, des indemnités légales, du libre consentement...

⁵ Notons que les entrées à Pôle Emploi après une démission sont nécessairement sous-évaluées puisque moins susceptibles d'ouvrir droit aux allocations chômage.



Graphique 3 : Entrées à Pôle emploi après une rupture de CDI, 2008-mi 2010



I De la nécessité de la RC : mettre fin à l'instrumentalisation des LMP et réduire les contentieux.

Pour identifier les objectifs poursuivis à travers la création de cette nouvelle modalité de rupture du CDI, nous nous en tenons à la lecture des deux rapports à l'assemblée Nationale (rapport Dord, RD) et au Sénat (rapport Bernard-Reymond, RBR) qui retracent l'ensemble des éléments d'information portés au débat et les discussions préalables aux votes des deux chambres. Le rapport Dord indique d'emblée que « l'objectif de cette mesure est de favoriser la rupture du contrat de travail par une négociation à l'amiable, plutôt que d'avoir recours à la procédure de licenciement qui se révèle souvent conflictuelle » (RD, p. 11). Plus précisément, l'objectif de la RC est double : apporter une « sécurisation juridique » des ruptures (I.1) et

mettre fin aux licenciements pour motif personnel « instrumentalisés », masquant des ruptures en réalité consensuelles ou transactionnelles (I.2).

I.1 Sécurisation juridique

La thématique de la sécurisation juridique recouvre deux facettes. Ainsi, sécuriser c'est encadrer juridiquement, ce que réalise la RC en apportant aux ruptures d'un commun accord le formalisme procédural qui leur faisait défaut, mais c'est aussi limiter le nombre des contentieux.

Nous abordons successivement ces deux aspects.

Pour mieux appréhender les apports attendus de la RC en terme de sécurisation, il faut revenir au préalable sur les voies les plus usuelles de ruptures dites « d'un commun accord » déjà existantes. Conformément au code du travail, les conventions de reclassement personnalisé⁶, les contrats de transitions professionnelles, les congés de mobilités et les départs volontaires dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont autant de configurations possibles de telles ruptures négociées. Mais toutes s'inscrivent « dans un contexte de restructuration et constituent une alternative au licenciement économique formel : l'initiative de la rupture est bien du côté de l'employeur » (RD, p. 53).

Par ailleurs, le contrat de travail peut être rompu d'un commun accord selon une autre voie qui semble mieux préfigurer ce que doit être la RC : la *rupture amiable*⁷. En effet, le contrat de travail est régi par le droit du travail qui ne considérait auparavant que deux modes de rupture possibles : à l'initiative de l'employeur ou du salarié. Mais, en tant que contrat de droit commun, il est aussi encadré par le code civil qui autorise les parties à mettre fin à leur convention par consentement mutuel (article 1134, alinéa 2, code civil). Toutefois, cette *rupture amiable* souffre de lacunes que la RC est censée pallier. Tout d'abord, outre le fait qu'elle n'ouvre pas droit pour le salarié aux allocations chômage puisque la rupture n'est pas jugée involontaire, elle a un champ très étroit car la jurisprudence en a beaucoup circonscrit l'usage. Enfin, elle n'est encadrée par aucune procédure particulière. Or, c'est précisément le formalisme qu'introduit la RC qui est censé sécuriser juridiquement la rupture : « la [RC] produira par ailleurs de la sécurité juridique et financière pour les deux parties, par construction même, puisque leur accord sera formalisé, mais aussi du fait des garanties

⁶ L'article L1233-67 stipule entre autres que « si le salarié accepte la convention de reclassement personnalisé, le contrat de travail est réputé rompu du commun accord des parties. »

⁷ Nous mettons dans le texte en italique les termes *rupture amiable* et *transaction* pour signaler qu'il s'agit de leur acceptation au sens juridique.

prévues, telles que l'intervention de l'administration du travail qui devra homologuer l'accord et l'accès de droit aux allocations de chômage » (RD, p. 5-6)⁸.

Cette sécurisation juridique, attendue « par construction » de la simple introduction d'une procédure formelle, n'est jamais vraiment définie. Pourtant, elle renvoie à un objectif précis : la réduction du contentieux. L'exposé des motifs de la loi accorde une place importante à cette question et développe notamment la thèse d'un excès du contentieux prud'homal en France, thèse étayée alors par les chiffres issus du rapport de Brigitte Munoz-Perez et Evelyne Serverin (2005). La réduction du contentieux est alors présentée comme le moyen d'apporter la sécurisation juridique souhaitée⁹.

Or si la RC permet la sécurisation juridique, c'est que « la meilleure garantie contre le risque de judiciarisation est précisément le commun accord des parties, qui est reconnu par l'homologation. La conflictualité sera ainsi réduite à la source même de la procédure » (RD, p. 29)¹⁰. Implicitement, la réduction du contentieux est assimilée à la réduction de la conflictualité. Cette idée, selon laquelle la RC produira par construction même une moindre judiciarisation est centrale, et nous la discuterons plus loin ; elle est d'ailleurs évoquée en termes similaires au sénat : « ce nouveau mode de rupture, (...) devrait favoriser des relations sociales plus apaisées, en rendant notamment moins fréquent le recours au juge » (RBR, p. 34)¹¹.

En résumé, la RC serait, selon ces rapports, porteuse d'une relation de travail apaisée et sécurisée. Elle apparaît « supérieure » à la *rupture amiable* qui, outre le fait que le salarié ne peut prétendre aux indemnités chômage, est dépourvue d'un cadre juridique formel. Toutefois, ce n'est pas seulement à cette *rupture amiable*, très peu utilisée on l'a vu, que la RC est censée se substituer, mais aussi à la *transaction*. La *transaction*, contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou à naître (article 2044 du code civil) permet justement une négociation sur les conséquences de la rupture. Mais ce n'est pas une modalité

⁸ C'est d'ailleurs peut-être le formalisme des procédures de licenciement économique qui expliquerait le faible contentieux dont ce licenciement fait l'objet, par comparaison aux licenciements pour motif personnel.

⁹ Et ce faisant une hausse de l'emploi : « la crainte de se retrouver devant le juge, et d'être éventuellement condamné, paralyse souvent les décisions d'embauche des chefs d'entreprise. Pour favoriser l'emploi, il est donc souhaitable de 'sécuriser' la fin de la relation de travail, ce que permet la RC » (RD, p. 35). La thématique de la sécurisation juridique comme moyen d'accroître l'emploi n'est pas nouvelle. Elle était ainsi au coeur du rapport de Virville (2004) et de celui du COE (2007) : il s'agit de « sécuriser la relation de travail et de favoriser le développement de l'emploi » (Virville, 2004, p. 28).

¹⁰ Ou encore, « Sans exclure le recours postérieur au juge, la rupture conventionnelle (...) devrait permettre de le limiter, d'une part par construction puisqu'elle sera négociée, d'autre part grâce à la garantie apportée à travers une intervention administrative légère avec l'homologation » (RD, p.56).

¹¹ Ainsi, conformément à cette logique de réduction du contentieux, un amendement visait « à donner compétence en premier et dernier ressort aux conseils des prud'hommes en matière de rupture conventionnelle (...) afin de gagner près de deux ans sur la durée du contentieux » (RD, p. 64). Cet amendement, dont le rapport souligne bien qu'il « reste dans la logique de l'accord qui vise à réduire la conflictualité », sera finalement rejeté.

de rupture car elle doit être postérieure au licenciement. La RC peut alors être perçue comme la transformation de ce dispositif de négociation en modalité de rupture pour permettre d'en généraliser et démocratiser l'accès.

I.2 La fin des « faux licenciements » et la démocratisation des transactions

Consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, la *transaction* a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture (Chambre sociale, 26 mars 2002, n° 00-41315). Mais, rappelle le ministre, « on sait que cette dernière [la *transaction*] n'est pas encadrée ; on prend alors un avocat et c'est onéreux, donc réservé à un petit nombre de salariés : cadres et cadres supérieurs. (...) Il fallait mettre le droit en accord avec la pratique, c'est-à-dire les *transactions*¹². Désormais, ces dernières seront ouvertes à tous les salariés, qui bénéficieront de garanties élargies¹³. Actuellement, le nombre de licenciements pour motif personnel est trois à quatre fois supérieur à celui des licenciements pour motif économique – 50 000 contre 14 000 en février 2008. Pour ouvrir droit aux allocations chômage, une part importante de ces licenciements peut camoufler des départs souhaités par les deux parties. L'accord ne change pas la donne, mais la clarification apportée, qui était largement souhaitée, ira dans le bon sens » (RD, audition du Ministre, p. 28).

Ainsi, l'objectif de la substitution avec la transaction est double : d'une part, ouvrir, grâce à un nouveau formalisme, les possibilités de négociation d'une rupture au plus grand nombre, ce que ne permettaient pas les *transactions* nécessairement post-licenciement ; d'autre part, mettre fin aux faux licenciements, i.e. faire en sorte que ne soient plus qualifiées de licenciement, les ruptures dont les conséquences étaient négociées, que ces ruptures soient à l'initiative du salarié (démission) ou de l'employeur (licenciement).

¹² Cette idée de démocratisation des transactions est récurrente : « Inscrire dans la loi la nouvelle procédure, en faisant en sorte qu'elle soit rapide, peu onéreuse et entourée de garanties permettra au plus grand nombre de salariés de recourir, le cas échéant, à un type d'accord réservé jusqu'à présent, de fait, à une minorité de cadres supérieurs acceptant de se risquer (avec le soutien d'un conseil juridique) dans des procédures au cas par cas » (RD, p.56). Elle était déjà avancée dans le rapport de Virville (2004, p.32-33) et fut reprise plus explicitement par le rapport du COE (2007) qui proposait de donner un cadre juridique approprié aux faux licenciements – démissions déguisées – mais aussi aux licenciements acceptés par le salarié et négocié via une transaction.

¹³ Si le ministre se montre ainsi favorable aux transactions tout en réclamant comme on l'a vu une moindre conflictualité, cela signifie que ce qui doit être réduit ce n'est pas le désaccord entre les parties sur la motivation de la rupture, ce n'est pas qu'il y ait un différend entre eux mais que ce différend transite par le conseil de prudhommes. Seule la contestation aux Prud'hommes est en jeu et non le conflit sur le fond de la rupture puisque les transactions reposent sur l'existence d'une contestation née ou à naître.

II Du commun accord au conflit d'intérêt : la RC évaluée à l'aune des arbitrages individuels

Ainsi, la RC s'adresse à une nébuleuse de ruptures consensuelles ou négociées - ces LMP 'instrumentalisés' - qui se voient offrir un cadre formel approprié. « Pourquoi des formes négociées se sont-elles développées, même hors d'un cadre légal ? Elles peuvent parfois correspondre sans doute à des pressions abusives des employeurs mais d'autres motifs légitimes du recours à la rupture négociée existent » (RD, p. 56). Il s'agit ici d'analyser ces « motifs légitimes » et d'identifier l'ensemble de ces ruptures mutuellement avantageuses auxquelles s'adresse officiellement la RC. C'est donc la question d'une éventuelle convergence d'intérêt à la rupture que soulève la RC. Et il s'agit ici de l'étudier à travers le prisme de l'intérêt bien compris, *i.e.* de considérer la RC comme le résultat d'arbitrages économiques.

Hormis ces cas particuliers dont le rapport se fait l'écho (II.1), les ruptures de contrat de travail sont souvent intrinsèquement conflictuelles. Plus précisément, même quand le principe de la rupture recueille le consentement des deux parties, *i.e.* quand le désir de séparation est commun, celui du choix de la modalité juridique de rupture – plus précisément ici d'une RC plutôt que d'une démission (II.2) ou d'un licenciement (II.3) – relève souvent d'intérêts antagoniques. Et l'établissement d'une RC suppose la réconciliation de ces intérêts divergents. Nous voulons montrer plus précisément que la RC s'explique alors par l'existence de stratégies individuelles de coopération : elle produit implicitement une rente induite par le consensus et égale au coût d'opportunité du conflit et soulève alors le problème épineux du partage de cette rente dans une négociation bilatérale.

II.1 Les ruptures conventionnelles 'idéales': les séparations exemptes de toute conflictualité

A la lecture des rapports, trois types de séparations semblent incarner parfaitement la RC, précisément parce qu'elles sont toutes d'emblée a-conflictuelles ou gouvernées dès l'origine par un désir de rupture 'en bons termes'.

Le premier cas, sorte de type idéal de rupture consensuelle, recouvre les séparations d'initiative commune : le salarié et l'employeur sont désireux conjointement et simultanément de rompre leur contrat de travail, sans que l'initiative de la rupture ne puisse être véritablement imputée à l'un ou l'autre. C'est le cas, singulier, d'une rencontre fortuite entre deux volontés de séparation et donc d'intérêts immédiatement convergents. Le second cas envisagé dans le rapport Dord renvoie à certaines séparations qui possèdent une dimension

affective forte – « licenciements de conjoints » ou de « salariés associés »¹⁴ – et échappent aux considérations financières. « L’institutionnalisation de la RC ne devrait évidemment pas conduire fréquemment à des accords aussi atypiques, mais ces exemples montrent l’utilité d’options négociées, non prédéterminées, permettant d’échapper à l’alternative démission/licenciement et à la judiciarisation de ce dernier » (RD, p. 56). Enfin, dernier cas évoqué, celui d’un salarié qui souhaite « échapper à l’alternative entre un licenciement pour motif personnel qui met en cause ses compétences professionnelles et une démission qui peut le faire apparaître comme désinvolte » ou d’un « employeur, surtout petit, [qui] ne souhaite pas nécessairement avoir l’image, notamment vis-à-vis des autres salariés, de celui qui licencie froidement ses collaborateurs » (RD, p. 55). Dans ce cas, la RC permet d’éviter les éventuels stigmates d’une séparation décidée unilatéralement, démission ou licenciement. Elle donne à voir un consensus qui ne préside pas nécessairement d’ailleurs à la décision de séparation.

Toutes ces séparations trouvent dans la RC un cadre idoine. Les intérêts convergent spontanément et, comme le précise le rapport Dord, la RC « apportera de la souplesse aux employeurs mais aussi aux salariés qui, souvent, souhaitent pouvoir quitter ‘en bons termes’ leur employeur » (RD, p. 3). De telles séparations d’emblée pacifiées existent. Mais notons que l’élaboration de la loi ne s’appuie sur aucune étude statistique, sur aucune mesure de l’ampleur de ces ruptures auparavant déguisées en licenciement et auxquelles pourtant s’adresse officiellement la RC. Il est ainsi légitime de se demander si le succès important de cette modalité de rupture (plus de 400 000 RC signées depuis sa création) renvoie uniquement à ce type de séparations.

Par ailleurs, si on accorde du crédit aux dimensions psychologique et affective de la rupture, il convient aussi d’envisager, à côté de ces cas fondés sur le désir de consensus en soi, les cas symétriques fondés sur des pressions psychologiques, sur la fragilité psychologique du salarié. Bien sûr, les derniers peuvent s’avérer tout aussi atypiques que les premiers, mais il n’y a aucune raison de leur dénier toute pertinence. Peut-on notamment parler de rupture consensuelle quand un salarié harcelé, où qui voit ses conditions de travail se dégrader, consent ou même réclame une RC à son employeur. Et ce d’autant plus que, nous y reviendrons, l’accord du salarié s’établit dans un rapport de subordination avec l’employeur.

¹⁴ Est alors fait référence à un article d’une présidente de la chambre sociale d’une cour d’appel qui souligne l’importance des affaires affectives où les considérations personnelles l’emportent sur celles financières et qui débouchent sur des compromis inattendus (actes du colloque « De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire », contribution de Mme Brenneur, éd. Semaine Sociale Lamy, supplément n°1100, Valence, déc 2002).

Ainsi, plus largement, la RC peut au contraire être pensée, non plus comme une rupture *a priori* consensuelle mais comme une rupture conflictuelle à laquelle est trouvée, via la négociation, une issue consensuelle. Les ruptures concernées sont alors à l'initiative d'une seule des parties et mobilisent des intérêts divergents. Ainsi, nous étudions désormais, à l'aune des arbitrages et stratégies individuels, les substitutions possibles de la RC avec des séparations à l'initiative du salarié – par exemple les démissions auparavant déguisées en licenciement avec l'accord de l'employeur (II.2), ou les substitutions avec des séparations à l'initiative de l'employeur, les licenciements (II.3).

II.2 Rupture conventionnelle *versus* démission

Tout salarié qui souhaite démissionner a évidemment intérêt à transformer cette démission en RC, afin d'une part de toucher les indemnités¹⁵ et d'autre part d'avoir accès à l'assurance chômage.

L'employeur peut alors trouver lui aussi un intérêt au départ d'un salarié démissionnaire, soit parce qu'il désire s'en séparer s'il s'agit d'un senior¹⁶, soit parce qu'il souhaite par ailleurs une compression de personnel, soit encore parce qu'il craint de garder un salarié démotivé¹⁷. C'est d'ailleurs pourquoi certains acceptaient de déguiser des démissions en licenciements pour motif personnel afin d'ouvrir des droits à l'assurance chômage pour le salarié. Ils trouveront ainsi une modalité de rupture appropriée dans la RC. Notons d'ailleurs qu'on ne devrait pas observer, avec l'introduction de la RC, une amplification du phénomène. En effet, les employeurs qui refusaient auparavant un tel faux licenciement n'ont aucun intérêt supplémentaire à accepter aujourd'hui une RC puisqu'elle leur coûte précisément autant que ne leur aurait coûté un faux licenciement – le montant des indemnités. C'est pour cette raison d'ailleurs que le gouvernement affirme, face aux critiques portant sur les éventuels problèmes de financement de l'assurance chômage, qu'il n'y a pas lieu d'attendre une telle substitution puisqu'elle « n'est pas dans l'intérêt de l'employeur ».

¹⁵ Equivalentes rappelons-le à celles d'un licenciement sauf conventions collectives plus avantageuses. Soit un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté pour les salariés ayant plus d'un an d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de 10 ans d'ancienneté ; montant que la même loi portant la rupture conventionnelle a rendu commun aux deux catégories de motifs de licenciement en doublant celui du licenciement pour motif personnel.

¹⁶ Voir la dépêche AFP du 10/09/2010 qui note que les RC représentent, au premier trimestre 2010, 17% des entrées au chômage (y compris celles pour fin de CDD) des 55-60 ans alors que ce taux est de 9.7% pour l'ensemble de la population s'inscrivant à Pôle emploi. Voir aussi la note du CAS (2010) soulignant une légère sur représentation des seniors dans la RC par rapport aux fins de CDI en général.

¹⁷ Soit encore, cas particuliers – tels que ceux évoqués précédemment – échappant aux logiques financières : volonté de se séparer en bons termes, relations affectives, etc.

Malgré cette pratique avérée, dont on ne connaît pas l'ampleur par ailleurs, il apparaît que, même favorable au départ du salarié, l'employeur a intérêt à attendre la démission de ce dernier plutôt que d'accepter une RC qui lui coûte précisément les indemnités. Même s'il y a intérêt commun à la rupture du contrat de travail, il n'y a pas nécessairement intérêt commun à la RC comme modalité juridique de rupture. Expliquer alors l'accord de l'employeur pour la transformation coûteuse d'une démission en RC suppose de dépasser ce conflit d'intérêt immédiat, autrement dit de penser la réconciliation possible de ces intérêts divergents. Le refus par l'employeur de la RC demandée par le salarié peut engendrer un conflit coûteux pour les deux parties, conflit dont la crainte peut inciter à la coopération. Par exemple, l'employeur peut accepter la demande de RC coûteuse pour lui s'il redoute que le salarié, en cas de refus, renonce à démissionner alors qu'il n'a pas intérêt à accepter la RC d'un salarié dont il est certain par ailleurs de la démission. Ainsi, la RC peut être le fruit d'un arbitrage, d'une stratégie dépendant d'une part des croyances de chacun sur le choix de l'autre – notamment de la croyance de l'employeur quant à la démission du salarié en cas de refus ; et d'autre part du coût de l'attente pour chacun – coût du maintien d'un salarié démotivé pour l'employeur, coût du renoncement à la démission ou à un autre emploi pour le salarié, etc. Finalement, si on raisonne en termes d'arbitrages, l'établissement de la RC dépend des capacités de nuisance, de menaces de chacun en cas de maintien de l'emploi. Elle s'envisage alors comme une stratégie commune d'évitement de conflit : les intérêts restent intrinsèquement conflictuels – quant aux modalités de rupture et non quant au principe de la rupture – mais la coopération peut s'avérer la stratégie la moins coûteuse.

II.3 Rupture conventionnelle *versus* licenciement

L'employeur a en général intérêt à transformer un licenciement en RC alors que le salarié, qu'il soit ou non enclin par ailleurs à accepter la rupture du contrat de travail, a généralement intérêt à la refuser.

Envisageons tout d'abord la substitution avec les licenciements pour motifs personnels. L'intérêt de l'employeur à transformer ce licenciement en RC tient aux difficultés pour le salarié de contester ensuite une rupture à laquelle il aura donné son accord. En effet, la RC n'établit ni l'imputabilité, ni le motif de la rupture et entérine, *via* l'homologation, l'accord des parties¹⁸.

¹⁸ Nous revenons plus loin sur les difficultés de recours et la rareté des contentieux post-RC.

Toutefois, aucun salarié, même d'accord avec le principe de la séparation, par exemple dans un cas de souffrance au travail ou de harcèlement, n'a intérêt à accepter une telle substitution : il se priverait ainsi de la possibilité de faire valoir ses droits. La reconnaissance de l'absence de cause réelle et sérieuse débouche sur le versement d'au minimum 6 mois de salaire en plus des indemnités de licenciement¹⁹.

Là encore, le commun accord pour la séparation ne se superpose pas au commun accord pour le choix de la RC comme modalité juridique de rupture du contrat. Face à des intérêts antagoniques, la RC peut alors se justifier en convoquant le coût d'opportunité associé au conflit, ou la rente associée à la coopération. Ainsi, le commun accord pour la RC dépend de trois principaux éléments : les croyances de chacun sur le comportement de l'autre – croyance de l'employeur sur la capacité du salarié à entreprendre un recours, croyance du salarié sur les fondements de la cause réelle et sérieuse et donc sur la capacité de l'employeur de le licencier en cas de refus ; l'utilité associée aux alternatives à la RC, étant donné le coût du maintien en emploi et celui du contentieux en cas de licenciement ; et enfin la capacité du salarié à amener l'employeur à partager la rente que constituerait pour ce dernier une RC.

Envisageons maintenant la substitution avec les licenciements économiques. Leur transformation en RC ajoute aux avantages précédents de la substitution avec les licenciements pour motif personnel la possibilité de contourner le droit encadrant ce type de licenciement. Ainsi la RC n'implique ni l'interdiction d'embauche sur un poste équivalent ni la priorité de réembauche comme c'est le cas pour les licenciements économiques. Mais c'est surtout l'évitement des règles enserrant les licenciements collectifs dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) qui est en jeu. La RC permet alors de se départir des règles relatives à l'ordre des départs - par exemple de se séparer des seniors en priorité. Si l'employeur parvient à remplacer plusieurs licenciements économiques en RC, il pourrait même éviter le PSE en maintenant l'effectif licencié en deçà du seuil ouvrant obligation de sa mise en œuvre : si la RC n'a pas vocation officiellement à se substituer aux licenciements économiques, le PSE n'est néanmoins pas exclusif de la RC²⁰.

Néanmoins, aucun salarié n'a intérêt à une telle substitution, d'autant que d'autres dispositifs d'accords négociés lui sont ouverts (voir infra). Pour qu'un salarié accepte, il faut que l'employeur accepte de partager la rente que lui confère l'évitement du droit du travail. Par exemple, que l'employeur lui offre une compensation plus élevée que celle qu'il offrirait

¹⁹ Montant plancher selon la loi qui est aussi celui le plus usuellement accordé (Serverin, 2002). Dans 62% des cas où le salarié obtient gain de cause, le montant des dommages et intérêts est inférieur à 9 mois de salaire.

²⁰ Nous reviendrons sur le problème des fraudes à la loi que constituent de tels contournements des licenciements économiques (section III).

dans le cadre d'un PSE, si ces RC lui permettent précisément de rester au-dessous du seuil imposant un PSE. Là encore, la RC s'explique par des arbitrages qui mobilisent les croyances de chacun sur le comportement de l'autre – croyance du salarié sur la réalité des difficultés économiques de l'employeur et sur la probabilité de son licenciement en cas de refus, croyance de l'employeur sur la capacité du salarié à entreprendre un recours. Elle concilie des intérêts contradictoires en compensant la perte de droits du salarié par le versement d'indemnités.

Ainsi, hors cas atypiques, les intérêts de l'employeur et du salarié restent *a priori* divergents lors du choix de la modalité de rupture. Alors, la RC ouvre une voie de négociation permettant de partager la rente qu'elle induit pour l'une des parties. La théorie économique nous enseigne depuis Edgeworth, que le marchandage bilatéral du partage des gains associés à un échange, ou plus généralement à un accord, dépend du rapport de force en vigueur et donc *in fine* des capacités de négociation respectives des protagonistes. Se pose donc avec acuité la question de la valeur d'une telle négociation bilatérale dans une relation asymétrique de subordination entre employeur et salarié. C'est cette question que nous allons désormais traiter.

III De l'accord formel du salarié : la fragilité des garanties procédurales

Le propre du contrat de travail est la subordination juridique du salarié qui « postule la soumission du salarié au pouvoir de direction de l'employeur » (Gaudu et Vatinet, 2001, p. 322)²¹. Or, alors que la RC met employeur et salarié en mesure de s'accorder sur la rupture et ses conséquences, cette subordination altère nécessairement les capacités de négociation du salarié. Si les garanties procédurales, que les partenaires sociaux ont définies pour encadrer la RC, doivent offrir des gardes fous contre le vice de consentement, elles sont avant tout formelles et ne permettent pas de garantir l'authenticité du commun accord ni même d'éviter les usages frauduleux de la RC, notamment le contournement des licenciements économiques.

²¹ La cour de cassation définit, en 1996, la subordination comme « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ».

III.1 Garanties procédurales et vice de consentement

L'inégalité de position entre l'employeur et le salarié justifie la mise en place de garanties procédurales visant à protéger le salarié et notamment à garantir son libre consentement. Les trois « garde-fous » proposés – assistance, délai de rétractation, homologation – relèvent pourtant davantage de simples formalités administratives que de véritables garanties.

Le droit d'assistance par un tiers accordé au salarié doit ainsi rééquilibrer le rapport de force lors des négociations sur l'accord de rupture. Pourtant, il est en réalité peu protecteur :

- Tout d'abord, cette assistance reste facultative. Or elle est ainsi déterminante puisque la négociation porte sur le principe même de la rupture alors que le salarié est toujours en situation de subordination. Comme le résume Fourcade, une *obligation* d'assistance par un tiers aurait permis d'« [annihiler] le risque lié à l'état de subordination du salarié » (Fourcade 2007, p.173).
- Ensuite, l'employeur n'a aucune obligation d'informer le salarié de cette possibilité d'assistance²², contrairement à la procédure de licenciement qui semble finalement plus protectrice sur ce point. En effet, dans le cadre d'un licenciement, l'employeur doit envoyer au salarié une lettre de convocation à l'entretien préalable (par recommandée avec accusé de réception)²³, dans laquelle doit figurer la possibilité de se faire assister par une tierce personne.
- Enfin, la facilité d'accès à l'assistance du salarié par un tiers lors de la signature de la RC dépend de la présence d'institutions représentatives du personnel (IRP) susceptibles d'informer les salariés de cette possibilité. Or, la présence de délégués syndicaux (DS) est plus faible dans les petits établissements alors que ces derniers recouvrent justement 75% des RC signées²⁴. Pourtant, les syndicats ou autre IRP ont un véritable rôle de garde-fou à jouer vis-à-vis de la RC, comme le montre d'ailleurs le contentieux auprès du conseil de prud'hommes des Sables d'Olonne²⁵ : un salarié accepte de signer une RC, alors qu'il est déclaré inapte au moment de la procédure, ce qui rend la RC illégale. C'est un syndicaliste de la CFDT qui l'a ensuite incité à déposer un recours.

²² Malgré d'ailleurs un amendement déposé dans ce sens par des députés UMP qui proposait d'insérer l'alinéa suivant : « L'employeur doit signifier, par tout moyen, cette possibilité d'assistance du salarié », cf. RD, p. 108.

²³ Il peut également la lui donner en mains propres.

²⁴ En 2004-2005, 23% des établissements de moins de 50 salariés ont un DS sur place d'après l'enquête REPONSE (Dares, 2007). Or, au 1^{er} semestre 2009, 75% des RC sont signées dans des établissements de moins de 50 salariés (Dares, 2010).

²⁵ Cf. Grumbach T. et Serverin E. (2010), « De l'abus dans le recours à la rupture conventionnelle, le CPH des Sables d'Olonne ouvre la voie », *Semaine sociale Lamy*, n°1451, 21 juin.

Le second garde-fou, l'homologation par la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP) est lui aussi sujet à critiques²⁶. Présenté comme le plus important, il poursuit deux objectifs officiels : garantir la légalité de la convention et l'absence de vice de consentement. Or, son efficacité dépend des moyens mis à disposition des directions départementales du travail pour remplir ce rôle, question récurrente lors des débats à l'Assemblée ou au Sénat²⁷. Or, sur les 18 DDTEFP que nous avons contactées à l'automne 2009, aucune ne déclarait d'embauche sur cette mission mais plutôt un redéploiement du personnel. Et ce, alors que certaines directions recevaient à l'époque jusqu'à 1000 demandes d'homologation par mois, et que s'intensifiaient, du fait de la crise, les besoins pour le suivi de la mise en œuvre de la politique de l'emploi et d'accès au droit du travail (chômage partiel, suivi des PSE, pilotage des conventions de revitalisation...). Face à des moyens insuffisants, le danger est notamment que les directions départementales, faute de temps, homologuent les RC tacitement, sans vérification, puisque l'absence de réponse sous 15 jours vaut acceptation. Cette inquiétude était d'ailleurs partagée par le ministre du travail : « Il faudra observer quelle charge de travail l'examen des dossiers représente pour les directions départementales du travail. Il ne faudrait en effet pas que ce soit faute de moyens que l'administration réponde par le silence, qui vaut acceptation, d'autant qu'en se tournant vers l'État pour l'homologation, les partenaires sociaux lui ont adressé une marque de confiance » (RD, p.30)²⁸.

Outre la question des moyens des directions départementales, la vérification du consentement du salarié lors de l'homologation, soulève d'autres problèmes. D'une part, le formulaire d'homologation envoyé par les parties, seul document obligatoire pour la demande à la DDTEFP, fournit en réalité assez peu d'informations - nom, ancienneté, établissement, montant des indemnités, date de signature, modalités d'assistance des parties. Comme l'initiative de la rupture n'est pas précisée, le contrôle du consentement du salarié est nécessairement compliqué²⁹. D'autre part, alors que le formulaire est de peu de secours, les directions n'ont pas d'instructions précises sur les démarches à effectuer par ailleurs pour

²⁶ Le choix de la DDTEFP a été l'objet de longues négociations entre les partenaires sociaux, les quatre syndicats de salariés signataires de l'ANI (CFDT, CFTC, CGC et FO) et la CGPME souhaitant que l'homologation soit plutôt effectuée par le conseil de prud'hommes.

²⁷ Le rapporteur au Sénat avait demandé au ministre « si les directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle auront les moyens d'instruire les demandes d'homologation de la RC dans le délai de deux semaines qui leur serait imparti » (RBR, p. 59).

²⁸ Le *Conseil d'Analyse Stratégique* observe aujourd'hui un tel manque de moyens, mais préconise singulièrement, à côté de la simplification des procédures, la généralisation de l'homologation tacite (CAS, 2010, p. 1).

²⁹ Conscient du problème, le rapporteur du Sénat avait d'ailleurs demandé s'il n'aurait pas été « judicieux d'indiquer à l'administration qui, de l'employeur ou du salarié, est à l'origine de la rupture » (RBR, p. 75).

s'assurer de l'authenticité du consentement des parties, et ce malgré les directives successives envoyées par la direction générale du travail³⁰. Une première circulaire précise que le contrôle doit « porter sur les *points* qui permettent de vérifier le libre consentement des parties d'une part, et, d'autre part, sur les *éléments* fondant l'accord du salarié (par exemple, montant de l'indemnité spécifique de RC, respect du délai de rétractation, etc.) » (Circulaire n°2008-11, nous soulignons). Or, si ces premiers « points » restent énigmatiques, les seconds « éléments » renvoient aux informations fournies par le formulaire. En réalité, ce dernier permet avant tout de vérifier que indemnités, délais de rétractation, et conditions d'assistance³¹ sont conformes à la loi. Il permet donc de vérifier le respect des deux premiers garde-fous sans constituer une troisième garantie de nature différente.

Finalement, seul le délai de rétractation avant la phase d'homologation semble produire une garantie sérieuse, en donnant au salarié un délai de réflexion pendant lequel il peut demander conseil à une personne extérieure³². Il est cependant limité par sa durée relativement courte (15 jours) et il est possible d'antidater le document. La tentation est sans doute forte puisque le non respect des délais était initialement la cause principale de non homologation.

III.2 Garanties procédurales et fraudes à la loi

Si les gardes fous ainsi proposés sont nettement insuffisants pour écarter les éventuels problèmes de consentement vicié, notons toutefois que ce consentement est par nature invérifiable. Un salarié, qui demeure sous la subordination de l'employeur jusqu'à l'homologation, peut toujours taire, en cas d'enquête, les éventuelles pressions subies pour signer la convention de rupture. Par ailleurs, il peut accepter une RC alors qu'il ne connaît pas ses droits (cf. cas Sables d'Olonne évoqué plus haut : le salarié ne connaissait vraisemblablement pas la législation protégeant les accidentés du travail). Enfin, un salarié peut consentir 'librement' à renoncer lui même à ses droits et troubler ainsi l'« ordre

³⁰ À ce jour (décembre 2010), trois circulaires ou instructions relatives à la rupture conventionnelle et à son homologation ont été envoyées par la direction générale du travail (DGT) aux différentes DDTEFP : une première, en juillet 2008, pour préciser l'examen de la demande d'homologation ; une deuxième, en mars 2009, pour préciser la mise en œuvre des dispositions législatives entourant la RC et complétant la première circulaire ; et une troisième (instruction et non circulaire), en mars 2010, relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle.

³¹ En effet, le formulaire précise les conditions d'assistance puisque si l'assistance n'est pas obligatoire, aucun employeur ne peut être assisté si le salarié ne l'est pas lui-même. Un tel cas vaut refus d'homologation.

³² X.Bertrand avait d'ailleurs utilisé cet argument pour appuyer son refus d'autoriser un avocat à intervenir pendant l'entretien de la RC, au motif qu'il pourrait intervenir avant et après (Cf. JO AN CR, 2^{ème} séance, 16/04/08, p.1673).

public »³³ (cf. cas de Valence : la salariée après avoir été informée de son droit à réclamer le doublement de ses indemnités de rupture lors de l'audience au conseil de prud'hommes, a préféré y renoncer).

C'est pourquoi le véritable effet pervers éventuellement induit par la RC n'est pas tant le vice de consentement du salarié que le 'libre' consentement à la fraude à la loi. Nous avons vu en effet qu'il peut être dans l'intérêt des deux parties d'établir une RC à la place d'un licenciement économique, si l'employeur, pour qui la substitution est avantageuse, partage la rente associée avec le salarié. Ainsi, le contournement du droit du licenciement peut s'appuyer aussi bien sur le 'libre consentement' du salarié à la fraude que sur le vice de consentement d'un salarié menacé en cas de refus de licenciement, autrement dit sur une fraude imposée comme sur une fraude consentie. Or, la garantie apportée par l'homologation contre ces éventuelles collusions frauduleuses semble là encore fragile.

La RC n'a pas vocation à se substituer aux licenciements économiques puisqu'elle « ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties » (L1237-11 CT) et que la procédure l'entourant « n'est pas applicable aux ruptures de contrats de travail résultant : 1° Des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (...) ; 2° Des plans de sauvegarde de l'emploi (...) » (L1237-16 CT). Cependant, ce dernier article manque de précision³⁴ et peut conduire à diverses interprétations (cf. Fabre, 2010 et Couturier, 2008). C'est pourquoi la DGT réaffirme dans une instruction (mars 2010) exclusivement consacrée à « l'incidence d'un contexte économique difficile sur la RC » que cette dernière « ne doit pas conduire à contourner les règles du licenciement collectif pour motif économique ». Pourtant, l'ambiguïté persiste puisque les difficultés économiques d'une entreprise ne sont pas exclusives de la RC : elle « peut intervenir alors même que l'entreprise rencontre des difficultés économiques qui l'amènent à se séparer de certains de ses salariés ». Ensuite, si la DGT précise qu'il faut être attentif à la fréquence des demandes d'homologation et à leur contexte économique, elle ne propose aucune procédure claire, aucun seuil limite au nombre de RC signées comme c'est le cas pour les licenciements économiques collectifs.

³³ E.Ray définit l'ordre public absolu comme suit : « Ni individuellement, ni collectivement, personne ne peut négocier une autre norme, ni dans un sens favorable au salarié (*in melius*) ni dans un sens défavorable (*in pejus*). Ainsi, la compétence de l'inspecteur du travail ou celle des conseils de prud'hommes ne peuvent faire l'objet d'aucun accord, d'aucune sorte, par qui que ce soit : l'ordre public le frapperait de nullité. » (Ray, 2010, p. 42)

³⁴ L'ANI était peut-être plus clair sur ce point, puisqu'il indiquait que la RC ne devait « porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise » (JO, p. 109).

Identifier un contournement à la mise en place d'un PSE³⁵ reste *in fine* très délicat puisque ce n'est pas seulement le nombre mensuel de demandes d'homologation de RC qui devrait par exemple être pris en compte, mais le nombre de RC signées parallèlement aux LME effectués sur la même période. En d'autres termes, toute RC signée par une entreprise témoignant par ailleurs de difficultés économiques devrait idéalement nécessiter une procédure d'enquête particulière des directions départementales.

Ainsi, les garanties sont *in fine* essentiellement formelles. Toutefois, elles atteignent un autre objectif : inscrire dans le marbre l'accord du salarié et apporter ce faisant la sécurisation juridique attendue par ailleurs. Il s'agit désormais de questionner cette sécurisation juridique, *i.e.* la baisse du contentieux effectivement observée.

IV De l'éviction du juge et de la sécurisation juridique attendue

L'insuffisance des garde-fous soulignée précédemment pose en filigrane d'autres problèmes. Tout d'abord, la RC est censée officiellement généraliser la transaction en tant que modalité de résolution de litiges. Or, elle dégrade sensiblement les capacités de négociation du salarié par rapport à la *transaction*, notamment en évinçant la figure du juge. Elle laisse alors le salarié en position de négociation bilatérale dans un rapport de subordination. Ensuite, ces garanties procédurales fragiles et cet affaiblissement de la capacité de négociation du salarié posent la délicate question du sens à accorder à la réduction du contentieux attendue. En effet, si le contentieux se réduit, faudra-t-il y voir le signe d'une réduction de la conflictualité ou celui d'un affaiblissement de la capacité des salariés à faire valoir leurs droits, à convoquer le juge pour éclairer les conflits d'intérêt inhérents à la relation salariale ? En d'autres termes, la RC réduit-elle, 'par construction' comme le prévoyait le ministre, la conflictualité ou réduit-elle l'espace du contentieux possible ?

IV.1 La substitution attendue avec la *transaction*

La substitution de la RC aux transactions post licenciements est, rappelons-le, affirmée par l'argumentaire officiel : mettre le droit en accord avec la pratique, *i.e.* les *transactions*, et

³⁵ Rappelons qu'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) doit être mis en place dans une entreprise d'au moins 50 salariés dès que l'employeur procède au licenciement pour motif économique d'au moins 10 personnes sur une même période de 30 jours.

démocratiser cette pratique. En effet, si la *transaction* permet le règlement des litiges, elle est devenue un mode de gestion de la rupture du contrat de travail par les employeurs et notamment de gestion individualisée de réduction d'effectifs par les services du personnel (Melot, 2005)³⁶. Il ne s'agit pas ici d'établir dans quelle mesure cette substitution attendue officiellement se vérifie puisque seule une étude empirique, notamment du niveau des indemnités accordées, pourrait étayer une telle affirmation. Il s'agit de montrer que si cette substitution a lieu, elle induira une perte de droit pour le salarié.

En effet, l'employeur peut désormais proposer au salarié, non plus une transaction mais une RC en l'accompagnant d'indemnités conséquentes. Si on adopte à nouveau une représentation microéconomique de la négociation, cela signifie que l'usage de la transaction produit une rente dont employeur et salarié vont négocier la répartition. Ce surplus tient sans doute au renoncement à saisir les prud'hommes présenté dans le rapport au Sénat comme finalement coûteux pour les deux parties : « La 'sécurisation' juridique de la rupture devrait donc bénéficier aussi au salarié, dont il n'est pas sûr qu'il ait toujours intérêt à s'engager dans des procédures judiciaires longues, coûteuses et au résultat aléatoire » (RBR, p. 35). Le salarié pourrait accepter la rupture pour des sommes inférieures à celles qu'il pourrait espérer à l'issue d'un tel jugement puisqu'il économise en temps de procédure, etc. C'était bien un des enjeux des *transactions* où le salarié s'engageait (parfois sous peine de paiement d'indemnité) à ne pas saisir les prud'hommes.

Or, la substitution RC-*transaction* n'est absolument pas neutre puisqu'elle induit une perte de protection et de pouvoir de négociation pour le salarié. Tout d'abord, la *transaction* ne peut prendre effet qu'après le licenciement. Ainsi, contrairement à la RC, la négociation est censée débiter quand la relation de subordination a pris fin. Le maintien du salarié en subordination au moment de l'établissement de la RC est donc problématique. La capacité de refus de la partie faible du contrat est largement érodée par son rapport de dépendance. En outre, le conflit latent qui peut alors découler d'un éventuel refus lui est beaucoup plus préjudiciable qu'à l'employeur dans le cas du maintien de l'emploi.

Ensuite, la transaction ne peut en aucun cas porter sur la rupture en soi, mais uniquement sur ses conséquences. Plus précisément, depuis 1996, « la cour de cassation s'oppose à la libre qualification de la rupture par les parties et prohibe toute transaction portant sur l'imputabilité de la rupture. Un départ négocié qualifié de transaction par les parties, parce qu'il vise à mettre fin à un différend est entaché de nullité » (Fourcade, 2007, p.

³⁶ Ainsi, Melot précise que sont disponibles au grand public des 'modèles' de transaction au même titre que des modèles de licenciement.

170). Cette exigence de n'établir une transaction que post licenciement conduit d'ailleurs certains employeurs qui souhaitent transiger en amont du licenciement soit à anti-dater la *transaction*, soit à recourir à des montages juridiques complexes afin de produire une narration séquentielle crédible et de circonscrire artificiellement la transaction dans l'après licenciement (Melot, 2005, p. 87-88). La RC, en portant désormais sur le principe même de la rupture, légalise ces pratiques en étendant le champ de la négociation³⁷.

Enfin, la *transaction* s'adresse à des parties en litiges qui doivent pour clore ce dernier s'accorder des concessions réciproques. En cas de recours d'ailleurs, le juge doit apprécier de manière approfondie, sous peine de nullité, le caractère 'non dérisoire' de ces concessions et les mettre en balance avec les droits 'plancher' du salarié. Il porte donc un regard sur l'équité de la *transaction*³⁸. Toute *transaction*, qu'elle survienne pour clore un contentieux entamé ou pour prévenir un contentieux à venir, se fait toujours sous la menace d'un recours. En d'autres termes, « la transaction apparaît comme un arrangement contractuel qui s'opère (...) à l'ombre du procès, et dont les mécanismes de négociations ne peuvent se comprendre en dehors de ce référent judiciaire » (Melot, 2005, p. 87). Ce n'est plus le cas de la RC. L'exigence de concessions réciproques n'est pas maintenue et seul le minimum légal en termes d'indemnités est garanti au salarié. En posant d'emblée le commun accord et la séparation en bons termes, la RC ne permet pas de penser le renoncement du salarié à certains droits et donc leur nécessaire compensation. Elle laisse l'éventuelle négociation bilatérale s'établir dans un rapport de subordination sans poser aucune exigence sur la balance des intérêts des parties, et ce même en cas de recours ultérieur au juge. Mais c'est précisément ce recours qu'elle entend réduire.

³⁷ Bien sûr, la RC comme la transaction, n'autorise pas à transiger sur certains droits fondamentaux – problèmes d'invalidité, de discrimination par exemple – et sur les droits protecteurs du salarié. Elles doivent notamment respecter le principe de l'« ordre public ».

³⁸ Par ailleurs, le juge doit vérifier que le salarié engagé dans une transaction connaît bien ses droits, ou plutôt connaît bien les droits auxquels il renonce.

	<i>Transaction</i>	Rupture conventionnelle
Objet de la négociation	Sur les conséquences de la rupture	Sur le principe même de la rupture et ses conséquences
Contexte de négociation	Hors du cadre du lien de subordination	Lien de subordination maintenu
Place du juge en cas de recours	Appréciation des « concessions réciproques », balance des intérêts	Regard sur la convention et sur l'homologation

IV.2 La sécurisation attendue de la rupture

La comparaison de la RC avec la *transaction* témoigne d'un recul des prérogatives du juge, recul censé être compensé par des garde fous dont on a souligné la fragilité. En revanche, ces garde fous donnent un cadre formel indiscutable à l'accord du salarié et semblent bien « par construction même » garantir l'un des objectifs qui leur étaient assignés : la sécurisation juridique de la rupture, dont nous avons montré qu'elle renvoyait avant tout à la baisse du contentieux. Il s'agit alors de questionner la nature et le sens de cette sécurisation. Nous allons analyser les voies par lesquelles la RC pourrait réduire le nombre des recours des salariés pour contester leur licenciement, pour ensuite nous interroger sur la pertinence de l'objectif lui-même.

D'emblée, si on prend au pied de la lettre le discours sur la RC comme rupture 'consensuelle', il n'est pas cohérent d'attendre que son développement dans les usages induise une baisse du contentieux. En effet, la RC est censée recouvrir d'une forme nouvelle les anciennes ruptures où l'accord des parties avait été obtenu, *i.e.* les ruptures déjà consensuelles ou négociées. Elle s'adresse donc à des ruptures fondées sur l'assentiment du salarié et donc qui n'étaient pas contestées.

Pour que le développement de la RC puisse induire une baisse du contentieux, il faut que la RC remplace non pas des ruptures déjà considérées comme consensuelles mais des ruptures qui, sinon, donneraient lieu à la saisine des prud'hommes, donc des licenciements (lesquels représentent plus de 98% du contentieux prud'homal selon Munoz-Perez et Serverin, 2005).

Deux voies de réduction du contentieux apparaissent alors :

- la réduction du contentieux *post-transaction*. Cette source de réduction du contentieux apparaît dans un article de Cécile Fourcade écrit en 2007³⁹. Selon elle, la transaction est un « instrument de déjudiciarisation » qui devrait par essence engendrer une éviction du juge, mais qui « suscite pourtant depuis quelques années un important contentieux », causé en partie par « le critère d'ordre temporel » imposé par le juge social, donc par le fait qu'elle se situe *post-licenciement*. Même si ce contentieux autour des *transactions* est décrit comme étant en hausse⁴⁰, la réduction du contentieux qui pourrait résulter de la capacité des employeurs à mener ces négociations dans le cadre de la RC ne saurait avoir des effets puissants sur le nombre des contentieux. En tout état de cause, nul ne connaissant le nombre de *transactions*, ni la part du contentieux relatif aux *transactions*, cette hypothèse reste donc à étayer.

- la réduction du contentieux *post-licenciement*. La RC *per se* ne contient aucun élément susceptible de pacifier l'objet du conflit le plus fréquent pour le salarié licencié: le motif, principal objet de contentieux (85,5% en 2007 pour le licenciement pour motif personnel, cf. Serverin et Valentin, 2009). Soit il n'y a pas vraisemblablement d'accord sur le motif mais celui-ci n'a plus à être formulé, et dans ce cas, ce n'est pas le conflit qui est résolu mais l'objet du conflit qui est éludé. Soit le conflit sous-jacent sur le motif est « résolu » au moyen d'une compensation monétaire dont la contrepartie est la difficulté à contester cette rupture devant les prud'hommes. En effet, la RC inscrit formellement, y compris grâce à l'homologation, l'accord des parties là où le licenciement inscrit formellement l'imputabilité et le motif de la rupture, c'est-à-dire les moyens d'agir du salarié. Cette difficulté est perceptible : le contentieux *post RC* concerne, à notre connaissance, moins de 15 cas soit moins de 0.01% des RC et encore en comptant les contentieux que salarié et employeur mènent conjointement à l'encontre des DDTEFP (cas de Nanterre et de Valence).

Si l'objectif avait seulement été d'éviter le procès, il aurait suffi de faciliter l'accès à la conciliation qui produit, dans 17,5% des cas (Munoz-Perez et Serverin, 2005) un accord de ce type mais en présence de tiers garant du respect de la balance des intérêts⁴¹. Si l'on compare la RC à la conciliation ou à la transaction en termes de conditions de négociation, le

³⁹ Dans cet article, elle fait une proposition en matière de modalité de rupture qui aurait pu être une source d'inspiration de la RC. On notera, comme il a été dit précédemment, qu'elle considérerait l'assistance du salarié comme devant faire partie des obligations contrairement à la solution retenue.

⁴⁰ L'un des points d'appui souvent mobilisé pour étayer la thèse du contentieux *post transaction* est la hausse de la jurisprudence (Radé, 2008 ; Jeammaud, 1999). Pourtant la hausse de la jurisprudence ne traduit pas une hausse du contentieux mais celle de la volonté des juges de mieux codifier une pratique. Aucun élément ne vient conforter l'idée selon laquelle il y aurait une relation de vraisemblance entre contentieux et jurisprudence.

⁴¹ C'est sans doute ce que cherchaient les représentants salariés lors de la négociation de l'ANI en janvier 2008 quand ils prônaient l'homologation par le conseil des prud'hommes contre l'avis des représentants patronaux.

changement opéré consiste à remplacer l'ombre du tribunal et la présence de tiers par une négociation bilatérale où le salarié est en position de subordination, et ne peut bénéficier de la présence implicite ou effective de tiers pour vérifier l'équilibre des concessions.

Implicitement, la réduction du contentieux post licenciement, si elle a lieu, ne pourrait résider que dans la possibilité pour les employeurs d'obtenir (*via* une compensation monétaire) le renoncement des salariés à faire valoir leurs droits.

Or, le nombre de contentieux étant déjà par ailleurs en baisse sur les 15 dernières années, en niveau comme en pourcentage des licenciements dénombrés par Pole Emploi (Gomel, Méda et Serverin, 2010, pour les chiffres les plus récents), on peut s'interroger sur la pertinence d'un tel objectif de réduction. En effet, cette baisse pourrait alarmer. Elle pourrait s'expliquer en partie par la réduction de la part des salariés capables de contester un licenciement soit du fait de la hausse du recours aux emplois temporaires, soit du fait d'une part croissante des salariés dont l'ancienneté est inférieure au niveau requis pour ouvrir droit aux indemnités plancher du code du travail⁴² (Serverin alii 2008). On pourrait aussi la mettre en parallèle avec celle des jours de grève et y voir un indice supplémentaire de l'affaiblissement de la capacité des salariés à faire valoir leurs droits. Enfin, dans une perspective plus optimiste, cette baisse pourrait être interprétée comme le résultat des effets, sur les pratiques des entreprises, des arrêts rendus par les juges du fond et la cour de cassation qui, au fil de la jurisprudence, donnent sens à un code du travail dont les termes restent à interpréter.

Mais à lire les deux rapports, c'est le niveau même du contentieux qui pose problème. On connaît le nombre des licenciements contestés grâce au Registre Général Civil, on ne connaît qu'une partie des licenciements prononcés, ceux des salariés qui s'inscrivent ensuite à Pole Emploi. En tenant compte de cette approximation, on peut établir que le licenciement pour motif économique connaît un taux de contestation dont la borne supérieure est de 2% ces dernières années, alors que celui pour motif personnel se situe vraisemblablement autour de 20%. Il est intéressant de constater que ce 20% est précisément le pourcentage retenu dans le livre vert de la communauté européenne pour faire apparaître la nécessité de faciliter l'accès aux juges pour les consommateurs : « Un Européen sur cinq préfère ne pas saisir la justice si le montant en jeu est inférieur à 1000 EUR »⁴³ Il s'agit alors d' « encourager la participation active des citoyens au bon fonctionnement des marchés » parce que « l'accès à des

⁴² 2 ans jusqu'à la loi de modernisation du marché du travail en 2008, 1 an depuis.

⁴³ http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_fr.pdf, p.9 et paragraphe 49, livre vert sur les recours collectifs des consommateurs, 2008.

mécanismes de recours pour les consommateurs lorsque leurs droits sont violés par des professionnels améliore la confiance dans les marchés et les performances de ces derniers ». Constatons qu'en matière de litige du travail, tel n'est pas le sentiment qui prévaut. La citation du rapport BR est représentative de ce renversement : « la 'sécurisation' juridique de la rupture [conventionnelle] devrait donc bénéficier aussi au salarié, dont il n'est pas sûr qu'il ait toujours intérêt à s'engager dans des procédures judiciaires longues, coûteuses et au résultat aléatoire » (RBR, p. 35). Et l'on retrouve l'idée selon laquelle les salariés s'engageraient à tort dans des procédures juridiques. Pourtant, dans plus de 65% des cas (Munoz-Perrez et Serverin, 2005), les salariés en sortent gagnants et ce alors que le jugement, après échec de la conciliation, est rendu par deux représentants des salariés et deux représentants des employeurs. Le jugement est pris à la majorité absolue des conseillers prud'homaux. Dans la plupart des cas⁴⁴, il aura donc fallu qu'un représentant des employeurs soutienne la demande du salarié, signe de la légitimité du recours.

Conclusion :

Les éléments empiriques manquent aujourd'hui pour étayer une quelconque hypothèse de substitution avec d'autres modalités de ruptures, ou pour connaître les multiples visages des plus de 400 000 RC signées depuis 2008. Toutefois, nous avons voulu montrer que si les objectifs officiels – démocratisation de la transaction et baisse du contentieux – se réalisent, ils s'accompagneront d'effets pervers : d'une part, la négociation bilatérale d'une rupture entre employeur et salarié peut désormais s'établir sans que la partie faible du contrat ne soit suffisamment protégée, et notamment sans que la figure du juge ne puisse garantir la balance des intérêts ; d'autre part, la réduction du contentieux traduirait davantage une résorption de l'espace possible du contentieux *via* l'éviction du juge, que celle de la conflictualité en soi ou qu'un apaisement des relations de travail.

⁴⁴ Le partage des voix qui renvoie l'affaire devant le même bureau, présidé cette fois par un juge du tribunal d'instance, ne correspondait, selon le dernier chiffre connu qu'à 15,6% des affaires se terminant par un jugement en 2003 (Munoz-Perez et Serverin, 2005).

Bibliographie

Centre d'Analyse Stratégique (2010), « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *La note d'analyse Travail-Emploi* n° 198, oct.

Circulaire (2008), Circulaire ministérielle de la DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminé.

Circulaire (2009), Circulaire ministérielle de la DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminé.

COE (2007), Rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels, pour le conseil d'orientation pour l'emploi, juin.

Couturier G. (2008), « Les ruptures d'un commun accord », *Droit social*, n°9/10, septembre-octobre.

DARES (2007), « Présence syndicale : des implantations en croissance, une confiance des salariés qui ne débouche pas sur des adhésions », *Premières informations-Premières synthèses*, n°14.2, avril.

DARES (2010), « Les mouvements de main-d'œuvre au premier semestre 2009 », *Dares Analyses*, n° 026, mai.

Dord D. (2008), rapport n° 789 pour l'Assemblée Nationale, portant modernisation du marché du travail.

Fabre A. (2010), « Ruptures conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi ? », *Revue de Droit du Travail*, juin.

Freyssinet J. (2009), « Ruptures du contrat de travail : les stratégies des acteurs sociaux », in B. Gomel, D. Meda, E. Serverin, *L'emploi en ruptures*, Presses universitaires de Paris Ouest, Dalloz.

Fourcade C. (2007), « La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », *Droit Social*, n°2, février.

Gaudu F. et Vatinet R. (2001), *Les contrats de travail*. - Contrats, convention et actes unilatéraux. L.G.D.J. - Collection : Traités - 11/2001.

Gomel B., D. Méda et Serverin E. (2010), « Le licenciement pour motif économique est-il juridiquement risqué en France ? », *Connaissances de l'emploi*, n°72, CEE, septembre.

Instruction (2010), Instruction DGT n°02 du 23 mars 2010 relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée déterminée.

Jeammaud A. (1999), « Retour sur une transaction en quête de stabilité », *Droit Social*, n°4, avril.

JO, Assemblée Nationale, Compte-rendu intégral, 2^{ème} séance, 16 avril 2008.

JO, Accord du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, paru dans le Bulletin Officiel des Conventions Collectives le 31/05/2008.

Loiseau G. (2010), « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Droit Social*, n°3, mars.

Melot R. (2005), « Les transactions lors de ruptures du contrat de travail », *Travail et emploi*, n° 104, oct.-dec., p. 85-96.

Munoz Perez B. et Serverin E. (2005), *Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004*, La Documentation Française.

Prétot X. (2008), « L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative », *Droit social*, n°3, mars.

Radé C. (2008), « Transaction et sécurisation des procédures de licenciement : l'équation est-elle vraiment parfaite ? », *Droit social*, n°9/10, septembre-octobre.

Ray E. (2010), *Droit du travail : Droit vivant 2010/2011*, 49^{ème} édition, Editions Liaisons.

Serverin E. (2002), « Les conflits du travail au temps du jugement prud'homal », rapport de juin 2000, IDHE, CERCRID, publié dans la *Revue nationale des Barreaux*, n°66/67, janvier-juin 2002, Synergie.

Serverin E., Valentin J., Kirat T., Sauze D. et Dalmasso R. (2008), « Évaluer le droit du licenciement. Comparaison des droits et des procédures, mesure des actions », *Revue de l'OFCE*, 2008/4, n° 107, p. 29-64.

Serverin E., Valentin J. (2009), « Licenciement et recours aux prud'hommes, questions de mesure », in Gomel B., Méda D. et Serverin E. (2009), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, Paris.

Virville M. de (2004), « Pour un code du travail plus efficace », rapport au ministre des affaires sociales, du travail, et de la solidarité, janvier.